



Anna Banaszewska, 2017-05-25 07:15

Anna Banaszewska:

Pojęcie uczciwej konkurencji w zamówieniach publicznych na leki



Anna Banaszewska

Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że szpital może zamówić dokładnie taki lek, jaki jest potrzebny do leczenia pacjentów. Odwołujący zaś nie może ingerować swoimi żądaniami w proces leczenia każdego pacjenta, który jest zarezerwowany przez ustawodawcę wyłącznie do kompetencji lekarza. W konsekwencji trzeba przyjąć, że szpital ma prawo ograniczyć konkurencję, o ile udowodni, że ograniczenie to jest proporcjonalne do potrzeb medycznych.

Pojęcie uczciwej konkurencji.

Niewątpliwie generalną (podstawową) zasadą organizowania i udzielania zamówień publicznych jest zasada uczciwej konkurencji. Zgodnie ze wskazaną regułą, zamawiający zobowiązany jest, bez uszczerbku dla zdefiniowanych przez siebie potrzeb, zapewnić dostęp do zamówienia wszystkim

wykonawcom, którzy są zdolni do wykonania tego zamówienia. Niejednokrotnie jednak zasada uczciwej konkurencji jest nieprawidłowo rozumiana przez zamawiających i wykorzystywana przez wykonawców, którzy nie są zdolni do wykonania zamówienia zgodnie z potrzebami zamawiającego. Fundamentalny błąd polega na postrzeganiu zasady uczciwej konkurencji jako obowiązku Zamawiającego zapewnienia konkurencji absolutnej. Tymczasem **w judykaturze istnieje ugruntowane stanowisko wskazujące, że Zamawiający ma prawo do ograniczenia konkurencji proporcjonalnie do swoich potrzeb.** Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej przyjmuje, że „przy ocenie, czy podjęte środki są zgodne z Traktatem niezbędne jest tzw. test proporcjonalności, czyli wykazanie, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu”^[1] Dokładniej precyzuje Krajowa Izba Odwoławcza „wymagania zamawiającego muszą być adekwatne do przedmiotu zamówienia, ani zbyt wysokie, gdyż mogłyby utrudniać uczciwą konkurencję, ani zbyt niskie, gdyż przez selekcję przesłiby wykonawcy niezdolni do realizacji zamówienia”^[2]. Na istotę procesu jakim jest definiowanie przedmiotu zamówienia wskazuje inne orzeczenie: „sporządzanie opisu przedmiotu zamówienia należy do wyłącznych uprawnień oraz obowiązków zamawiającego i jest jedną z najważniejszych czynności związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ wskazuje na rzeczywiste potrzeby zamawiającego. Zamawiający jest gospodarzem postępowania i ma prawo, wyznaczając cel, jaki zamierza zrealizować, tak określić przedmiot zamówienia, aby móc go opisać adekwatnie do wyznaczonego celu, zachowując jednocześnie obiektywizm w formułowaniu opisu swoich potrzeb.”^[3] Powołane stanowisko KIO znajduje swoje umocowanie w zasadach wydatkowania środków publicznych, zgodnie z którymi zamawiający ma wydatkować środki publiczne w sposób celowy i oszczędny.^[4] Jak wskazuje w innym wyroku Izba: „Konkurencja w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie jest kategorią absolutną i powołując się na nią nie można wymagać, aby zamawiający dokonał zakupu usług (lub towarów) niespełniających jego wymagań.”^[5] Podobny pogląd wyraziła Izba w uchwale KIO z dnia 7 września 2016 r.^[6], gdzie podkreślono, że „o naruszeniu uczciwej konkurencji nie może świadczyć, to czy dany produkt jest szeroko, czy też powszechnie dostępny, decydującym bowiem pozostaje ocena, czy taki przedmiot spełnia obiektywne potrzeby zamawiającego. To zamawiający ustala, jakie są jego potrzeby i na tej podstawie ustala, w jaki sposób potrzeby te zostaną zaspokojone w najwyższym możliwym do uzyskania stopniu” A zatem pojęcie uczciwej konkurencji nie może być utożsamiane z pojęciem konkurencji absolutnej.

Pomiędzy teorią a praktyką.

W teorii nie budzi wątpliwości fakt, że skoro to lekarz decyduje o leczeniu pacjenta, to szpital powinien mieć prawo nabyć taki lek, jaki jest niezbędny i adekwatny dla stanu zdrowia pacjenta. W praktyce sądniczej utrwalił się pogląd, że Zamawiający może - o ile wynika to z jego uzasadnionych potrzeb - opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, że wskazuje on na konkretny produkt, ale jedynie w niezbędnym zakresie, zachowując zasadę proporcjonalności, oraz dążąc do zachowania jak największej konkurencyjności w ramach prowadzonego postępowania. Pogląd ten jest oczywisty w świetle przepisów prawa zamówień publicznych i poparty względami słuszności. A mimo, to zdarza się, że podmioty lecznicze przegrywają postępowania w sprawie leków. Dlaczego? **Otóż trzeba pamiętać, że pomiędzy teorią a praktyką jest dowód. Ciężar dowodzenia spoczywa na tym kto z danej czynności wywodzi skutki prawne.** Ujmując inaczej - odwołujący powinien udowodnić, że oferowany przez niego lek spełnia potrzeba zamawiającego. Zaś zamawiający powinien wykazać, że określone przez niego potrzeby są uzasadnione i jako takie nie naruszają zasady uczciwej konkurencji. W tym kontekście trzeba pamiętać, że w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą obowiązuje zasada kontradyktoryjności. To oznacza, że skład orzekający samodzielnie nie może prowadzić postępowania dowodowego w celu ujawnienia prawdy materialnej (stwierdzenia jak naprawdę było), a jedynie dokonuje oceny dowodów przedstawionych przez strony. **W toku**

postępowania odwoławczego Izba za „prawdziwe” uznaje te twierdzenia, które Strony, w opinii Izby, były w stanie udowodnić. Dlatego tak niezwykle istotne jest, aby Zamawiający w sposób rzetelny i kompleksowy oceniali swoje rzeczywiste potrzeby przede wszystkim mając na uwadze leczniczy charakter prowadzonej przez siebie działalności. Nie bez znaczenia jest fakt, że w przypadku zamówień na dostawy leków potrzeby Zamawiającego uzasadniają potrzeby terapeutyczne i stan chorobowy pacjentów. W konsekwencji, aby Zamawiający szpital był w stanie rzetelnie określić obiektywne potrzeby niezbędna jest ścisła współpraca lekarza, farmaceuty oraz pracownika działu zamówień publicznych. Tylko w takiej sytuacji Zamawiający będzie miał pewność, że jego żądania nie są nadmierne i odpowiadają rzeczywistym potrzebom. **Bardzo dobrym zwyczajem Zamawiających jest przestrzeganie zasady pisemności postępowania przetargowego, tj. składania wszelkich wniosków w formie pisemnej do protokołu postępowania.**

Jak dalej wskazywał zamawiający: **„żądanie odwołującego w sposób bezpośredni ingeruje w proces leczenia każdego pacjenta, który jest zarezerwowany przez ustawodawcę wyłącznie do kompetencji osób posiadających stosowne kwalifikacje (lekarz), Zgodnie, bowiem z art. 2 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentystry wykonywanie zawodu lekarza polega na udzielaniu przez osobę posiadającą wymagane kwalifikacje, potwierdzone odpowiednimi dokumentami, świadczeń zdrowotnych, w szczególności: badaniu stanu zdrowia, rozpoznawaniu chorób i zapobieganiu im, leczeniu i rehabilitacji chorych, udzielaniu porad lekarskich, a także wydawaniu opinii i orzeczeń lekarskich. Nadto, lekarz ma obowiązek wykonywać zawód, zgodnie ze wskazaniami aktualnej wiedzy medycznej, dostępnymi mu metodami i środkami zapobiegania, rozpoznawania i leczenia chorób, zgodnie z zasadami etyki zawodowej oraz z należytą starannością (vide art. 4 ww. ustawy. Powyższe wskazuje, że do wyłącznej kompetencji lekarza jest zastrzeżone udzielanie świadczeń zdrowotnych, które to są realizowane według jego najlepszej wiedzy. Za oczywiste należy uznać, że metoda leczenia, w tym ustalenie odpowiednich leków i ich dawkowania zależy od wielu czynników indywidualnych w zależności od schorzenia pacjenta oraz jego stanu zdrowia. Wobec tego, brak jest podstaw (co próbuje czynić odwołujący) do narzucenia przez wykonawcę sposobu leczenia. Wykonawca realizuje wyłącznie własne interesy polegające na maksymalizacji zysku, tym samym nie prowadzi działalności polegającej na ratowaniu zdrowia i życia pacjentów”.**

Medyczne potrzeby zamawiającego a zasada uczciwej konkurencji w ocenie KIO.

Izba oddaliła w całości omawiane odwołanie[9], bowiem „Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że w przedmiotowej sprawie odwołujący dokonuje próby zakwestionowania prawa zamawiającego do dokonania opisu zamówienia uwzględniającego jego wewnętrzne potrzeby poprzez wymuszenie na zamawiającym zmiany SIWZ polegającej na możliwości oferowania różnych leków (odmiennych) w zakresie dawek 25 i 50 mg leku z substancją czynną etanercept. Zatem, zmiana ta dotyczyłaby w istocie na zrównaniu dwóch różnych leków (biologicznego i generycznego), które w praktyce byłyby podawane pacjentom zamiennie w zależności od dawki przyjętej przez lekarza (tj. 25mg i 50mg) w ramach tej samej terapii. Powyższe prowadzi do jednoznacznej opinii, a mianowicie **żądanie odwołującego w sposób bezpośredni ingeruje w proces leczenia każdego pacjenta, który jest zarezerwowany przez ustawodawcę wyłącznie do kompetencji osób posiadających stosowne kwalifikacje (lekarz), Zgodnie, bowiem z art. 2 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentystry wykonywanie zawodu lekarza polega na udzielaniu przez osobę posiadającą wymagane kwalifikacje, potwierdzone odpowiednimi dokumentami, świadczeń zdrowotnych, w szczególności: badaniu stanu zdrowia, rozpoznawaniu chorób i zapobieganiu im, leczeniu i rehabilitacji chorych, udzielaniu porad lekarskich, a także**

wydawaniu opinii i orzeczeń lekarskich. Nadto, lekarz ma obowiązek wykonywać zawód, zgodnie ze wskazaniami aktualnej wiedzy medycznej, dostępnymi mu metodami i środkami zapobiegania, rozpoznawania i leczenia chorób, zgodnie z zasadami etyki zawodowej oraz z należytą starannością (vide art. 4 ww. ustawy)". W tym kontekście skład orzekający wskazał na okoliczność, której nie sposób pominąć: *"żadne stanowisko eksperta zewnętrznego ani organu administracji publicznej nie zwolni lekarza od odpowiedzialności wobec pacjenta za indywidualne dostosowanie terapii do konkretnego pacjenta i ewentualne negatywne skutki które nie będą wynikały z normalnych następstw leczenia, a jedynie z nienależytej staranności."*

Po pierwsze dowód.

Będąc lekarzem lub pacjentem trudno kwestionować stanowisko powyżej powołane stanowisko Izby. Niedopuszczalnym zdaje się podejmowanie decyzji terapeutycznych przez wykonawcę, który żąda zakupu swojego leku. Jednakże w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą zamawiający powinien pamiętać, że każde twierdzenie uzasadniające obiektywne potrzeby zamawiającego a tym samym czyniące dopuszczalnym proporcjonalne do tych potrzeb ograniczenie konkurencji, musi znaleźć odzwierciedlenie w materiale dowodowym. Bowiem to właśnie na podstawie wszechstronnie dokonanej oceny materiału dowodowego Izba wydaje wyrok. Kiedy Zamawiający nie jest w stanie poprzeć swoich twierdzeń dowodami, musi się liczyć z tym, że Izba tezy te uzna za nieudowodnione, a w konsekwencji może przyjąć, że dokonane przez Zamawiającego ograniczenie jest nadmierne w stosunku do potrzeb Zamawiającego. **Należy pamiętać, że w toku postępowania Izba ocenia potrzeby tego konkretnego zamawiającego, bowiem to on jest gospodarzem postępowania przetargowego.** Przykładem sytuacji, w której Izba nie dała wiary wyjaśnieniom lekarza, jest wyrok z dnia 10 kwietnia 2017 roku w sprawie KIO 579/17: *„Izba nie dała wiary pismu lekarza, o tyle, że w ocenie Izby nie jest to własne stanowisko lekarza, ale cytat z artykułu M. B. i innych, co oznacza, że doktor nie opierał się na własnej wiedzy i doświadczeniu, ale podparł się literaturą fachową, gdyż z własnej praktyki nie był w stanie wykazać, że stosowanie dawek różnych producentów etanerceptu zwiększa ryzyko niepowodzenia terapii (nieskuteczności) lub wywołuje zdarzenia niepożądane wcześniej nie występującego”.* **Te dwa rozstrzygnięcia pokazują, że Zamawiający może nabyć dokładnie taki lek jakiego potrzebuje, pod tym jednak warunkiem, że udowodni, iż wynika to z faktycznych potrzeb podmiotu leczniczego. Bowiem o ile zamówienie określonego produktu leczniczego wynika z obiektywnych potrzeb medycznych, to tyle ograniczenie konkurencji jest uprawnione.**